

Een  
kwart  
PRIVAATRECHTELIJKE  
eeuw  
OPSTELLEN

AANGEBODEN AAN PROF. MR. H.J. SNIJDERS  
TER GELEGENHEID VAN ZIJN EMERITAAT



Wolters Kluwer

# De klachtplicht beteugeld

Jaap Hijma<sup>1</sup>

## I. Inleiding

In een van zijn talrijke noten in de *Nederlandse Jurisprudentie* heeft de hoofdpersoon van deze bundel, Henk Sniijders, zich beziggehouden met de klachtplicht van de teleurgestelde crediteur.<sup>2</sup> Hij deed dat naar aanleiding van het in 2007 gewezen arrest *Ploum/Smeets I*, waarin de Hoge Raad te kennen geeft dat de tardiviteitsbepalingen van art. 6:89 en 7:23 BW niet alleen contractenrechtelijke aanspraken, maar ook vorderingen uit onrechtmatige daad beheersen.<sup>3</sup> Sniijders presenteert daarover enige behartigenswaardige beschouwingen, waarin hij de Hoge Raad in principe volgt, maar aan de annexatie van de onrechtmatige daad nadrukkelijk een grens verbindt.<sup>4</sup> Wij mogen hem daarmee in het onderwerp van dit opstel (geverseerd en) geïnteresseerd weten.

Naar luid van het algemeen-verbintenisrechtelijke art. 6:89 BW kan de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Art. 7:23 lid 1 BW voegt daaraan, voor non-conformiteit bij koop, een precisering toe.<sup>5</sup> De aldus gecreëerde 'klachtplicht' heeft ten doel de tekortschietende schuldenaar te beschermen tegen late en daardoor moeilijk meer te betwisten klachten.<sup>6</sup> Zij bewerkstelligt die bescherming door aan het ongebruikt verstrijken van de klachttermijn een scherpe sanctie te verbinden: rechtsverval. In het licht van het feit dat de schuldenaar een tekortkoming heeft begaan, die aldus zonder consequenties blijft, terwijl de schuldeiser slechts tijd laat passeren, dringt het beeld van een guillotineregime zich

<sup>1</sup> Prof. mr. Jac. Hijma is hoogleraar Burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

<sup>2</sup> H.J. Sniijders, noot onder HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, *NJ* 2008/552 (*Ploum/Smeets I*), gepubliceerd in *NJ* 2008/553.

<sup>3</sup> Het etiket 'tardiviteitsbepalingen' ontleen ik aan annotator Sniijders, t.a.p., par. 3 sub b.

<sup>4</sup> Sniijders, t.a.p., par. 3 sub b.

<sup>5</sup> De term 'precisering' is van de Hoge Raad: HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, *NJ* 2008/552 (*Ploum/Smeets I*), r.o. 4.8.2.

<sup>6</sup> Aldus TM, in: C.J. van Zeben e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 7*, Deventer: Kluwer 1991, p. 146; HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850, *NJ* 2008/605 (*Amsing/Dijkstra-Post*), r.o. 3.4; HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.2.

op.<sup>7</sup> De situatie doet denken aan die onder het oude Burgerlijk Wetboek, toen een valbijlnatuur toekwam aan art. 1547 (oud) BW, dat in geval van verborgen gebreken de koper noopte 'binnen eenen korten tijd' een rechtsvordering in te stellen.<sup>8</sup> Deze reminiscentie is wat cynisch, nu het verdwijnen van die beruchte oude tijdsclém alom als een forse verbetering wordt gezien.<sup>9</sup>

Dit opstel staat in het teken van de wens het wettelijke klachtplichtregime binnen de perken van het aanvaardbare te houden. Het strekt ertoe te onderzoeken langs welke wegen het voorliggende regime kan worden beteugeld, welke van die wegen de Hoge Raad der Nederlanden bewandelt, en hoe de ontwikkelde jurisprudentie is te waarderen.<sup>10</sup>

## 2. Een kwart eeuw klachtplicht

De wetsartikelen over de klachtplicht behoren tot het selecte groepje bepalingen waarvoor de aandacht de afgelopen kwart eeuw is geëxplodeerd. Bij de voorbereidingen van het nieuwe Burgerlijk Wetboek is aan art. 6:89 BW nauwelijks inkt besteed; in de parlementaire geschiedenis beloopt het commentaar op dat artikel minder dan een pagina.<sup>11</sup> Op het niveau van de koop, art. 7:23 BW, is de wetshistorie informatiever.<sup>12</sup>

7 De associatie met de guillotine treft men ook aan bij W.H. van Boom, 'Klachtplicht bij koop', annotatie HR 25 maart 2011 (*Ploum/Smeets II*), AA 2011, p. 810-814. Qua scherppte anders, maar qua lading identiek, is het beeld van de botte bijl: C. Bollen & T. Hartlief, 'De klachtplicht van de teleurgestelde contractant, Een laatste alles of niets-bolwerk ontmanteld', *NJB* 2009/2192, sub 3.

8 De parallel wordt ook getrokken in VVI, *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 156 (sub 1); optimistisch echter MvA I, *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 157 (sub c).

9 Over de beteugeling van dat voormalige wetsartikel J.B.M. Vranken, 'Zes manieren om een oude dame niet te wekken, Over verborgen gebreken', *WPNR* 1991/6030. De hierna opgenomen opsomming van wegen doet denken aan de destijds door Vranken gekozen aanpak.

10 Zie ook R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW A6b), Deventer: Kluwer 2013, nr. 30-44; W.L. Valk, 'Hoe verder met de klachtplicht?', *NTBR* 2014/2. Over het onderwerp in het algemeen (en voor verdere bronnen): A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 6-1\**, *De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 408; Jac. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 7-1\**, *Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 541-555a; F.M. van Cassel-van Zeeland, in: E.H. Hondius & R.J.Q. Klomp (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online), aant. bij art. 6:89; M.M. van Rossum, in: C.G. Breedveld & A.G. Castermans (red.), *Groene Serie Bijzondere Overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online), aant. bij art. 7:23.

11 C.J. van Zeven e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6*, Deventer: Kluwer 1981, p. 316-317; C.J. van Zeven e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 6*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1258. Op deze verbazingwekkende bondigheid wijst ook W.L. Valk, *NTBR* 2014/2, p. 4.

12 *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 145-158.

Na hun inwerkingtreding op 1 januari 1992 hebben de klachtplichtbepalingen aanvankelijk een rustig bestaan geleid. In de lagere rechtspraak kwam af en toe art. 7:23 lid 1 BW aan de orde, met name bij de koop van onroerende zaken. Het wettelijke criterium dat de schuldeiser ‘binnen bekwame tijd’ moet klagen, werd door de feitenrechter in de richting van – in beginsel – twee maanden geïnterpreteerd.<sup>13</sup> Voor de consumentenkoop bepaalt de wet sinds 2003, dat een kennisgeving tijdig is als zij binnen een termijn van twee maanden na de ontdekking wordt gedaan (art. 7:23 lid 1 BW slot).<sup>14</sup>

In 2006 raakt de Hoge Raad bij het onderwerp betrokken.<sup>15</sup> Vanaf dan verschijnen er welhaast ieder jaar een of meer belangrijke – en soms spectaculaire – arresten over de klachtplicht, met als voorlopig hoogtepunt het arrest *Van de Steeg/Rabobank*, waarin de Raad (mede) terugblijkt op de rechtsontwikkeling en de hoofdlijnen daarvan in kaart brengt.<sup>16</sup> De ontwikkeling kan zonder twijfel in de sleutel worden geplaatst van het verlangen om het guillotineregime binnen aanvaardbare perken te houden. In het recente arrest *FAR/Edco II* voorziet de Hoge Raad zijn visie op het leerstuk van een inbedding door te overwegen, dat de klachtplichtregels als ‘specifieke, in de wet geregelde vormen van rechtsverwerking’ moeten worden opgevat.<sup>17</sup>

Wanneer men zich zet aan een inventarisatie van de methoden om de klachtplicht te beteugelen, verschijnt alras een scala aan mogelijkheden ter tafel. Ik kom tot (ten minste) negen wegen.<sup>18</sup>

### 3. Eerste weg; aanpalende situaties

Een eerste, voor de hand liggende, wijze om de regeling te beheersen is erop toe te zien dat haar toepassing niet uitwaaiert, maar beperkt blijft tot de situaties waarvoor zij in het leven is geroepen.

13 Zie o.a. Hof 's-Gravenhage 24 november 2003, *Prg.* 2004/6206; Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AV5202, *NJF* 2006/295; meer vindplaatsen noemt *Asser/Hijma* 5-I 2007/545a (vgl. de huidige editie, 2013/545a).

14 Wetswijziging ter implementatie van (art. 5 lid 2) Richtlijn 99/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEG* L 171. Ook buiten de consumentenkoop vonden de twee maanden hun weg naar de (koop van) roerende zaken; zie bijv. Rb. Haarlem 5 april 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AW0848, *NJF* 2006/289 (vuilniswagens).

15 Te beginnen bij (de uithoek van) de in art. 7:23 lid 2 BW neergelegde verjaringstermijn: HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2582, *NJ* 2006/272 (*Inno/Sluis*). Over de betekenis van dat lid 2 voor de klachtplicht van lid 1 hieronder, par. 4.

16 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*).

17 HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, *RvdW* 2015/66 (*FAR/Edco II*), r.o. 5.6.3.

18 Uitputtend is dit overzicht niet bedoeld. Zo kan men bijv. een extra route zien in de – gangbare – opvatting, dat aan vorm en inhoud van de klacht geen hoge eisen mogen worden gesteld; te dien aanzien *Asser-Hijma* 7-I\* 2013/543c.

Art. 6:89 en 7:23 BW zijn geschreven voor gevallen waarin een verrichte prestatie een gebrek vertoont, met andere woorden: voor ondeugdelijke nakoming. Zij zijn dus niet bedoeld voor casusposities waarin in het geheel geen prestatie is verricht, en mogen – aldus terecht de Hoge Raad – daar ook niet toe worden uitgebreid.<sup>19</sup> Een andere illustratie is, dat de klachtplichtregeling zich niet uitstrekt tot onregelmatigheden die de wederpartij verricht in haar rol van schuldeiser, zoals het sturen van valse facturen.<sup>20</sup>

Interessant in dit verband is de discussie over de vraag of art. 6:89 BW zich mede uitstrekt tot de vordering van een rechtspersoon tegen zijn bestuurder ter zake van onbehoorlijk bestuur (art. 2:9 BW). De feitenrechter oordeelt wisselend; mede in het licht van het beteugelingsstreven, ben ik geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden.<sup>21</sup>

In de jurisprudentie zijn intussen toch uitspraken aanwijsbaar waarin aanpalende situaties onder de vleugels van het klachtplichtstelsel worden geschoven. In het arrest *Amsing/Dijkstra-Post* ligt een geval voor waarin een afgeleverd apparaat kuren vertoont en door de verkoper wordt gerepareerd.<sup>22</sup> Gaat vanaf het herstel een nieuwe klachttermijn van start? De Hoge Raad antwoordt bevestigend, art. 7:23 BW analogisch toepassend.<sup>23</sup> Ook op de situatie dat de verkoper de eerst afgeleverde zaak door een ander exemplaar heeft vervangen, is de klachtplichtregeling *per analogiam* van toepassing.<sup>24</sup> Inderdaad liggen deze situaties – met name die waarin de zaak is vervangen – dermate dicht tegen een reguliere non-conformiteit aan, dat het vreemd zou zijn ze anders te behandelen. De voorbeelden laten zien dat ook als men uitwaaiëring in principe wil tegengaan, rechtssystematische overwegingen nog een effectief tegenwicht kunnen bieden; het zou te ver gaan de klachtplichtregels analogie-immuun te verklaren.

#### 4. Tweede weg; aanpalende grondslagen

In art. 6:89 BW schrijft de wetgever dat de schuldeiser ‘op een gebrek in de prestatie geen beroep meer [kan] doen’, in art. 7:23 BW dat de koper ‘er geen beroep meer op [kan] doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt’. Beide formules verwijzen rechtstreeks naar de figuur van de tekortkoming, die zich voordoet als de schuldenaar ‘in enig opzicht ten achter blijft bij

19 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, NJ 2007/176 (*Brocacef/Simons*), r.o. 4.3.

20 HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1565, NJ 2001/410 (*Luttiikhuis c.s./Ridgefield c.s.*), r.o. 3.3.

21 In ontkennende zin ook A.J. Rijsterborgh & Z.D. Veldhoen, ‘De onwenselijkheid van de toepassing van de klachtplicht uit art. 6:89 BW op vorderingen ex art. 2:9 BW: een dogmatisch en praktisch perspectief’, *MvV* 2015/4, p. 99-105 (met vermelding van feitenrechtspraak).

22 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850, NJ 2008/605 (*Amsing/Dijkstra-Post*), r.o. 3.4.

23 Dat het om een analogie gaat, wordt opgehelderd in het op dezelfde dag gewezen HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*), r.o. 3.3.5 (‘overeenkomstige toepassing’).

24 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*), r.o. 3.5.5.

hetgeen de verbintenis vergt'.<sup>25</sup> De met verval bedreigde remedies zijn dus die, welke aan ontoereikend presteren zijn verbonden: corrigerende nakoming (aanvulling, herstel, vervanging), opschorting, schadevergoeding wegens tekortkoming, ontbinding van de overeenkomst.

De toelichting bij art. 7:23 BW breidt het werkterrein uit door ook een vordering of verweer op grond van *dwaling* (art. 6:228 BW) onder dit artikel te brengen, daartoe aanvoerend dat de grens tussen *dwaling* en wanprestatie in de praktijk vaak moeilijk is te trekken.<sup>26</sup> De passage hoort bij en is georiënteerd op het tweede lid van art. 7:23 BW, dat de netten ruimer uitwerpt dan het eerste artikellid: '[r]echtsvorderingen en verweren, gegrond op feiten die de stelling zouden rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt.' Die ruimere formule verschijnt (pas) op het toneel in het kader van de verjaring. Doordat lid 2 de verjaringstermijn van start laat gaan op het moment waarop de koper bij de verkoper klaagt (lid 1), raken lid 1 en 2 echter verstrengeld; het terrein van lid 1 mag niet smaller uitvallen dan dat van lid 2.

Inderdaad is in de praktijk de grens tussen *dwaling* en tekortkoming soms 'zo dun als een spinneweb'.<sup>27</sup> Dit neemt niet weg dat het om fundamenteel verschillende leerstukken gaat; het eerste onderzoekt een totstandkomingsprobleem (wilsgebrek), het tweede een uitvoeringsprobleem (contractbreuk).<sup>28</sup> Juist bij de aflevering van non-conforme zaken kan een en ander met elkaar versmelten, doordat in beide kaders de verwachtingen van de koper omtrent de eigenschappen van de verhandelde zaak centraal staan.<sup>29</sup> Met recht wijzen de toelichtende stukken erop, dat het bij samenloop ongewenst is dat de koper, die geen beroep meer kan doen op non-conformiteit, 'op grond van dezelfde klacht' nog eenzelfde resultaat zou kunnen bereiken via de band van de *dwaling*.<sup>30</sup> De toelichting gaat er echter ook van uit dat zo'n samenloop zich niet altijd voordoet;<sup>31</sup> voor een categorische afsluiting van de *dwaling*sroute is dus geen reden. En buiten het (zaaksgerichte) kader van de koop geldt, dat men *dwaling* en tekortkoming daar meestal des te beter uit elkaar kan houden. De gedachte dat de bij art. 7:23 lid 2 BW opgewelde samenloopidee zich niet alleen over art. 7:23 lid 1 BW uitstrekt, maar van daaruit – als sprak het vanzelf – ook het algemene art. 6:89 BW overspoelt, spreekt (mij)

<sup>25</sup> Citaat TM, *Parl. Gesch. NBW, Boek 6*, p. 258.

<sup>26</sup> TM, *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 146-147.

<sup>27</sup> Het beeld is van S. Gerbrandy, 'De omstandigheden. Op de grens tussen *dwaling* en wanprestatie', *WPNR* 1990/5959, p. 288.

<sup>28</sup> Aldus terecht VV II, *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 150, sub 4. Nader over dit onderwerp J.M. Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, met name hoofdstuk 2.

<sup>29</sup> Zie art. 6:228 (*dwaling*) en 7:17 BW (*non-conformiteit*).

<sup>30</sup> MvA II, *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 152, sub 4.

<sup>31</sup> MvA II, t.a.p. ('zijn wij van oordeel dat het zich zeer wel kan voordoen dat het ontbreken van bepaalde eigenschappen die essentieel zijn voor het beantwoorden van de zaak aan [de] overeenkomst, tegelijk een beroep op *dwaling* rechtvaardigt').

dan ook niet aan.<sup>32</sup> Het zou mijns inziens niet moeten gaan om de vraag of de dwalende aan het feitencomplex een actie uit non-conformiteit had *kunnen* ontlennen, maar veeleer om de vraag of hij zijn dwalingsberoep daadwerkelijk in de sfeer van non-conformiteit heeft uitgewerkt, zodat slechts de juridische jas verschilt. In het arrest *Pouw/Visser* lijkt de Hoge Raad het ruimer te zien: art. 7:23 BW regardeert mede een dwalingsberoep ‘gebaseerd op feiten die eveneens de stelling zouden kunnen rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt’.<sup>33</sup>

De Hoge Raad heeft zich bovendien uitgesproken over vorderingen uit *onrechtmatige daad* (art. 6:162 BW). Het regime van art. 6:89 en 7:23 BW geldt, aldus het college, ook ‘indien door de koper op deze grondslag een rechtsvordering uit onrechtmatige daad wordt gebaseerd’.<sup>34</sup> Het is deze uitdijning, waartegen Snijders met recht een dam opwerpt.<sup>35</sup> Ik zou menen dat veel vorderingen uit onrechtmatige daad buiten het klachtplichtregime (behoren te) blijven, aangezien die vorderingen plegen te worden gegrond op andere – ‘zwaardere’ – feiten dan die welke de tekortkoming constitueren.<sup>36</sup>

Over de vernietigingsgrond van het *bedrog* (art. 3:44 lid 3 BW) heeft de Raad zich vooralsnog niet uitgelaten. De gedachte dat ook een bedrieger zich in principe op het ontbreken van een tijdige klacht zou kunnen beroepen, acht ik ongelukkig. Het bij bedrog aanwezige opzetelement onderscheidt dat wilsgebrek structureel van de non-conformiteit.<sup>37</sup>

## 5. Derde weg; sanctionering

De angel van het klachtplichtregime is gelegen in zijn pittige sanctie: de schuld-eiser kan op het prestatiegebrek geen enkel beroep meer doen (art. 6:89, 7:23 BW).

<sup>32</sup> Vgl. HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 (*Ploum/Smeets I*), r.o. 4.8.2, toegespitst op onrechtmatige daad.

<sup>33</sup> HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*), r.o. 3.8.

<sup>34</sup> HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 (*Ploum/Smeets I*), r.o. 4.8.2, onder verwijzing naar het op art. 7:23 lid 2 BW (verjaring) toegesneden HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2582, NJ 2006/272 (*Inno/Sluis*), r.o. 4.3.

<sup>35</sup> Zie par. 1.

<sup>36</sup> Nader Jac. Hijma, ‘Verjaring bij nonconformiteit en onrechtmatige daad’, *WPNR* 2006/6675; J.L. Smeehuijzen, ‘Hoe het verjaringsrecht door de klachtplicht wordt opgegeten – en waarom dat erg is’, *WPNR* 2013/6988 (sub 2.3). Kritisch over die kritiek H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties, Koop*, Den Haag: BJu 2012, nr. 441.

<sup>37</sup> Dit standpunt lijkt in de literatuur aan de winnende hand. Zie C. Bollen & T. Hartlief, *NJB* 2009/2192, sub 6; S. Tamboer, ‘De klachtplicht van de koper in het Nederlandse kooprecht’, *TvC* 2008, p. 225; R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW A6b 2013/39) (sub f); J.J. Verhoeven, ‘De koper bedrogen’, *NTBR* 2010/21; evenzo Asser/*Hijma* 7-I\* 2013/549a; Jac. Hijma, ‘Klachtplicht en bedrog’, *WPNR* 2009/6781. Anders H.N. Schelhaas, ‘Klagen over bedrog!’, *NTBR* 2013/6.

Bollen en Hartlief betogen dat dit alles-of-niets-model niet goed past in het moderne verbintenissenrecht, waarin extremen het veld hebben geruimd ten gunste van tussenoplossingen. In dit licht bepleiten zij verzachte rechtsgevolgen bij een late klacht, zoals een aanpassing van de (stelplicht of) bewijslast, of het slechts gedeeltelijk wegvallen van aansprakelijkheid.<sup>38</sup>

Van deze relativiseringsmethode heeft de rechtspraak vooralsnog geen gebruik gemaakt.<sup>39</sup> Wel bestaat een onderhuids verband met de onlangs door de Hoge Raad geëxpliciteerde gedachte, dat de klachtplichtbepalingen specifieke vormen van rechtsverwerking opleveren.<sup>40</sup> Het leerstuk van de rechtsverwerking immers, dat op zijn beurt op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is terug te voeren (art. 6:248 lid 2 BW),<sup>41</sup> laat wel degelijk op maat gesneden sancties toe.<sup>42</sup> Daar staat tegenover dat voor de klachtplicht speciale artikelen zijn geschreven, die kortweg leren dat een te trage schuldeiser in het geheel geen beroep meer op de tekortkoming kan doen. Het overschakelen naar lichtere sancties binnen het klachtplichtstelsel is daarmee een netelige zaak.<sup>43</sup>

## 6. Vierde weg; nadere vereisten

Men kan de klachtplicht ook beteugelen door een of meer nadere – in de wet niet vermelde – vereisten in te brengen, waaraan zal moeten zijn voldaan alvorens de conclusie van rechtsverval wordt getrokken. Aangezien de potentiële benadeling van de schuldenaar door late klachten het hart van de besproken artikelen vormt, is hierbij met name te denken aan een *nadeelvereiste*: de niet tijdig klagende schuldeiser verliest zijn mogelijkheden alleen, indien de schuldenaar door de laatheid van de klacht wordt getroffen.

In de jurisprudentie wordt deze beteugelingswijze niet als zodanig gevolgd. Wel treffen wij een verzwakte variant aan: nadeel bij de schuldenaar heeft niet de positie van een eis, maar wel die van een gezichtspunt, dat meeweegt bij het oordeel over

38 C. Bollen & T. Hartlief, *NJB* 2009/2192. Sympathie voor deze koers hebben ook W.H. van Boom, *AA* 2011, p. 814; J.G.H. Meijerink, 'De klachtplicht in Europees perspectief', *NTBR* 2014/16, p. 121; J.L. Smeehuijzen, *WPNR* 2013/6988 (sub 3.2.5).

39 Ook het standaardarrest *Van de Steeg/Rabobank* gaat zonder meer uit van 'het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van [...] verval al zijn rechten ter zake van de tekortkoming' (r.o. 4.2.6). Wellicht biedt het hierna (en in par. 2) genoemde arrest *FAR/Edco II*, dat de klachtplichten in het raam van de rechtsverwerking plaatst, in dezen een opening.

40 HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, *RvdW* 2015/66 (*FAR/Edco II*).

41 HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406, *RvdW* 2005/75 (*B./Zee*), r.o. 5.

42 Nader A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 6-III, Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 430 jo. 435; R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW A6b 2013/26); W.L. Valk, *Rechtsverwerking in driefvoud* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993, p. 149-157.

43 Zie echter hierna, par. 11. Op de daar besproken mogelijkheid de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid in te zetten wijzen ook C. Bollen & T. Hartlief, *NJB* 2009/2192, sub 5.



de vraag of de klacht tijdig is. In het arrest *Van de Steeg/Rabobank* overweegt de Hoge Raad onomwonden dat aan de nadeelvraag 'groot gewicht' toekomt.<sup>44</sup> Dat gewicht belandt op de weegschaal in het kader van een door de rechter te verrichten afweging van belangen: aan de ene zijde ligt het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van volledig rechtsverval, aan de andere zijde bevinden zich de concrete belangen waarin de schuldenaar door het late protest is getroffen (zoals een achteruitgang van zijn bewijspositie, of een vermindering van zijn kansen de schade beperkt te houden).<sup>45</sup> Als de belangen van de verkoper niet zijn geschaad, zal er in de ogen van de Raad 'niet spoedig voldoende reden zijn de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten'.<sup>46</sup> 'Niet spoedig'; het kán dus wel. De idee dat nadeel bij de schuldenaar niet de betekenis heeft van een vereiste, maar wel van een zwaar gezichtspunt, sluit goed aan bij de vaststelling dat het hier om specifieke vormen van rechtsverwerking gaat;<sup>47</sup> ook in de rechtsverwerkingsleer is nadeel belangrijk, maar niet onmisbaar.<sup>48</sup>

## 7. Vijfde weg; uitzonderingen

Een vijfde methode om de klachtplichtfiguur aan te lijnen, is het ontwikkelen van een of meer uitzonderingen. Deze weg ligt in het verlengde van de vorige. Zo'n uitzondering zou van terreinmatige aard kunnen zijn (bijvoorbeeld: het stelsel is niet van toepassing bij dienstenovereenkomsten), maar zou ook een meer algemeen karakter kunnen dragen (bijvoorbeeld: het stelsel is niet van toepassing als de schuldenaar de schuldeiser opzettelijk heeft misleid); ook combinaties van deze beide lijnen zijn denkbaar.<sup>49</sup>

Art. 7:23 lid 1 BW noemt zelf reeds enkele uitzonderingsgevallen. Het gaat hierbij niet om inperkingen van de klachtplicht als zodanig, maar om ecartering van de in die plicht (als voorstadium) verweven onderzoeksplicht.<sup>50</sup> Normaliter gaat de bekwame tijd van start zodra de koper de non-conformiteit heeft ontdekt 'of redelijkerwijs had behoren te ontdekken' (art. 7:23 lid 1 BW, eerste zin); de laatste woorden impliceren dat hij tot enig onderzoek van het ontvangene kan zijn gehouden. In drie situaties valt die onderzoeksplicht weg, zodat het startpunt van

44 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.3.4.

45 Arrest *Van de Steeg/Rabobank*, r.o. 4.2.6, 5.4.

46 Arrest *Van de Steeg/Rabobank*, r.o. 4.2.4; evenzo reeds HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, NJ 2013/5 (*Ploum/Smeets II*), r.o. 3.3.2.

47 Zie hierboven, par. 2.

48 Nader R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW A6b 2013/23); W.L. Valk, *Rechtsverwerking in driefvoud* (diss. Leiden), 1993, p. 141-148.

49 J.L. Smeehuijzen, WPNR 2013/6988, suggereert een uitzondering voor gevallen waarin persoonschade is geleden.

50 Over die ingeweven onderzoeksplicht HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*), r.o. 3.3.2; HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.3; Asser/Hijma 7-I\* 2013/554a-c.

de klachtijd pas bij de ontdekking van het gebrek wordt bereikt: als aan de zaak een eigenschap ontbreekt die deze volgens de verkoper bezat, als de verkoper zijn mededelingsplicht heeft geschonden, en – andersoortig – bij iedere consumentenkoop (art. 7:23 lid 1 BW, tweede en derde zin).<sup>51</sup>

Art. 6:89 BW noemt deze uitzonderingen op de onderzoekscomponent niet. Zijn zij van overeenkomstige toepassing? In de procedure *Kramer/Van Lanschot* tracht een particuliere belegger de Hoge Raad ertoe te verleiden de bij de koop vermelde consumentenuitzondering door te trekken, maar zonder succes; de Raad noemt de analogie-idee kortaf ‘niet juist’.<sup>52</sup> Naar mijn mening valt voor een dergelijke analogie echter veel te zeggen. Zoals gezien heeft de wetgever aan art. 6:89 BW nauwelijks aandacht besteed.<sup>53</sup> Materieel heeft niet het schrale art. 6:89 BW, maar juist het beter gevulde art. 7:23 lid 1 BW het karakter van de standaardregel, waaraan de andere bepaling zich in dezen kan spiegelen.<sup>54</sup>

De drie in art. 7:23 lid 1 BW vervatte uitzonderingen lenen zich mijns inziens goed voor veralgemenisering. Steun voor dit standpunt valt te ontleen aan het Draft Common Frame of Reference (DCFR), dat ook een algemeen-verbintenisrechtelijke klachtplicht kent – met rechtsverval als sanctie –, maar daar een tweetal vaste uitzonderingen op aanbrengt: situaties waarin de tekortkoming ‘relates to facts which the debtor knew or could reasonably be expected to have known and which the debtor did not disclose to the creditor’, plus alle gevallen waarin de schuldeiser consument is (art. III.-3:107 par. 3 en 4 DCFR).<sup>55</sup> Deze uitzonderingen zijn van een zwaardere kaliber dan die van art. 7:23 BW: niet alleen omsluiten zij het gehele verbintennisrecht, maar ook belichamen zij volle uitzonderingen (dus niet slechts een ecartering van de onderzoeksplicht). Mede in dit transnationale licht lijkt een extrapolatie van de in art. 7:23 lid 1 BW vermelde onderzoeksplichtgrenzen naar de algemene klachtplicht van art. 6:89 BW verantwoord.<sup>56</sup> De DCFR-bepaling

<sup>51</sup> De structureel-afwijkende behandeling van de consumentenkoop is een sequeel van art. 5 lid 2 Richtlijn 99/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEG* L 171.

<sup>52</sup> HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, *NJ* 2014/496 (*Kramer/Van Lanschot*), r.o. 3.5; in dezelfde zin, impliciet, HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.3.4.

<sup>53</sup> Zie hierboven, par. 2.

<sup>54</sup> Dat de Hoge Raad art. 7:23 lid 1 BW als een *precisering* van art. 6:89 BW aanmerkt (zie par. 1), lijkt de hier gesuggereerde analogie te ondersteunen.

<sup>55</sup> Chr. von Bar & E. Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich: Sellier 2009; over de genoemde bepalingen *Volume I*, p. 805-808.

<sup>56</sup> In vergelijkbare zin, toegespitst op de consumentenuitzondering, M. van Kogelenberg, “Wie niet komt klagen, wordt overgeslagen”, *WPNR* 2007/6733, p. 1012; R.P.J.L. Tjittes, ‘Naar een uniforme klachtplicht bij consumentencontracten’, *Contracteren* 2011, p. 29-31 (30); vgl. de laatste, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW A6b 2013/36). Zie ook mijn opmerkingen in *NJ* 2014/497, noot, sub 8. Voor de schending van een mededelingsplicht (bij internationale handelscontracten) vgl. art. 40 CISG (Weens Koopverdrag).

maakt geen uitzondering voor het geval dat de zaak een door de verkoper aangegeven eigenschap mist.<sup>57</sup> Deze situatie echter is nauw verwant aan de schending van een mededelingsplicht en kan – zoals art. 7:23 BW laat zien – in dit verband daarmee op één lijn worden gesteld. Hierbij is nog vermeldenswaard, dat de Hoge Raad van mening is dat ‘de ernst van de tekortkoming’ kan meebrengen dat een nalatigheid van de koper niet aan hem kan worden tegengeworpen.<sup>58</sup> Voor gevallen waarin de schuldenaar het gebrek in zijn prestatie opzettelijk heeft gecamoufleerd, acht ik een structurele uitschakeling van de klachtplicht op haar plaats. De uitzondering die art. 7:23 lid 3 BW voor opzetcasus aanbrengt op het punt van de verjaring,<sup>59</sup> kan men doortrekken naar de klachtplicht van lid 1, en van daaruit naar de klachtplicht in het algemeen (art. 6:89 BW). Een aantal schrijvers bepleit, ruimer, een uitzondering voor alle situaties waarin de schuldenaar zelf al weet dat hij is tekortgeschoten.<sup>60</sup>

## 8. Zesde weg; aanvang klachttermijn

Het klachtplichtregime kan voorts worden teruggedrongen door de wettelijk gegunde ‘bekwame tijd’ niet te snel van start te laten gaan. Dat kan op twee, elkaar aanvullende, manieren: door voorzichtigheid te betrachten bij het oordeel dat de schuldeiser een gebrek behoorde te ontdekken, en door voorzichtig te zijn met de conclusie dat de schuldeiser het gebrek daadwerkelijk heeft ontdekt.

De rechtspraak biedt van beide, inderdaad aantrekkelijke, opties voorbeelden. In het arrest *Van de Steeg/Rabobank* overweegt de Hoge Raad met betrekking tot een beleggingsadviesrelatie, dat op de (particuliere) cliënt pas een onderzoeksplicht rust indien hij van de zorgplicht van de bank op de hoogte is en gerede aanleiding heeft te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten (waarbij dit laatste niet spoedig wordt aangenomen).<sup>61</sup> Deze cliëntvriendelijke invulling van de onderzoeksplicht leidt ertoe, dat pas relatief laat het moment wordt bereikt waarop de cliënt het gebrek in de dienstverlening behoort te kennen, zodat zijn klachttermijn ook relatief laat van start gaat. En in het arrest *Pouw/Visser* leert de Hoge Raad, dat de koper die een deskundige inschakelt om de zaak te onderzoeken, in beginsel de uitslag van dat onderzoek mag afwachten voordat hij zich met een

<sup>57</sup> Over die situatie *Asser/Hijma* 7-I\* 2013/547.

<sup>58</sup> HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.4, met verwijzing naar HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, *NJ* 2013/5 (*Ploum/Smeets II*), r.o. 3.3.2.

<sup>59</sup> Blijkens de wetsgeschiedenis grijpt de in art. 7:23 lid 3 BW genoemde uitzondering alleen terug naar de verjaringsregel van art. 7:23 lid 2 BW; zie MvT, VII, MvA II, *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 149, 151, 153.

<sup>60</sup> C. Bollen & T. Hartlief, *NJB* 2009/2192, sub 6.

<sup>61</sup> HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.3.2 (e.v.).

klacht tot de verkoper wendt.<sup>62</sup> Het arrest ziet op een woonhuis waarin de koper schimmel en houtrot signaleert, welke hij – alvorens te klagen – door een bouwkundig bureau laat onderzoeken. De eventuele zienswijze dat de koper het gebrek dan kennelijk al heeft ontdekt, zodat de klachttermijn al loopt, is met *Pouw/Visser* van tafel.

## 9. Zevende weg; lengte klachttermijn

Een zevende route naar klachtplichtbeteugeling ligt in het verlengde van de vorige: net zoals men terughoudend kan zijn aan het begin van de klachttermijn, kan men dat zijn aan het einde ervan. Anders gezegd: men kan (de lengte van) de ter beschikking staande termijn oprekken. Het is deze optie, die de rechtspraak op spectaculaire wijze heeft benut.

De Hoge Raad leert dat de vraag of de kennisgeving binnen bekwame tijd is geschied, moet worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden.<sup>63</sup> Een vaste termijn kan daarbij – aldus het college – niet worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt.<sup>64</sup> Deze sterk casusafhankelijke benadering heeft – gezien de daarvan gegeven uitwerking – als consequentie, dat een pas na verloop van jaren geuite klacht nog binnen bekwame tijd kan zijn.<sup>65</sup>

Het voordeel van deze aanpak is zijn grote flexibiliteit, en daarmee de potentie de schuldeiser een effectieve beschutting te bieden tegen ontijdig rechtsverval. Maar er zijn ook nadelen. Ten eerste lijkt de spankracht van de term ‘binnen bekwame tijd’ te worden overschreden, en dat dermate rigoureuus, dat men zich kan afvragen of dat criterium – en daarmee het wetsartikel – nog serieus genomen wordt. Vanaf een bepaalde, taalkundig nog acceptabele, grens zou beter naar de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen worden overgeschakeld (art. 6:248 lid 2 BW).<sup>66</sup> Ten tweede ontstaat spanning met het leerstuk van de verjaring.<sup>67</sup> Art. 7:23 lid 2 BW kent voor de koop een verjaringstermijn van twee jaren, die korter is dan hetgeen in het algemeen geldt bij tekortkomingen (vijf jaren),<sup>68</sup> en die kennelijk is

62 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*); zie r.o. 3.4.3. In deze sfeer ook bijv. Rb. Arnhem 10 juni 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ4349 (siervis met zwemblaasontsteking).

63 Voor het (grote) gewicht van nadeel bij de schuldenaar zie hiervóór, par. 6.

64 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*) r.o. 3.3.4; herhaald in HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.3.

65 Zie het arrestentrio HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7846, NJ 2014/495 (*Van Lanschot/Grove*); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, NJ 2014/496 (*Kramer/Van Lanschot*) en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*).

66 Daarover par. 11.

67 Nader J.L. Smeehuijzen, *WPNR* 2013/6988.

68 Zie art. 3:310 (schadevergoeding), 3:311 BW (ontbinding, herstel tekortkoming); vgl. voor dwaling art. 3:52 lid 1 sub c BW (drie jaar na ontdekking).

bedoeld om op dit terrein versneld rechtszekerheid te brengen. De slotsom dat via een opgerekte klachttermijn de verjaring zelfs later kan intreden dan normaal, is systematisch slecht inpasbaar. Hier wreekt zich, dat de wetgever twee verschillende kwesties (enerzijds dat de schuldeiser behoort te klagen, anderzijds dat diens vordering aan verjaring onderhevig is) in één kanaal heeft geduwd door de verjaringstermijn bij de klacht van start te laten gaan. Wanneer het klagen regulier plaatsvindt loopt dat systeem naar wens, maar als een klacht uitblijft en de termijn voor onbepaalde tijd blijft voortgaan, kunnen juridisch dubbelhartige situaties ontstaan. In de meeste andere juridische stelsels, waaronder het DCFR,<sup>69</sup> treft men een dergelijke verstrengeling terecht niet aan.

## 10. Achtste weg; stelplicht en bewijslast

Als volgende mogelijkheid om scherpe kanten van het klachtplichtregime af te slijpen kan men denken aan een bijsturing, in het nadeel van de schuldenaar, van de stelplicht en bewijslast.

Over stelplicht en bewijslast bij de klachtplicht is nogal wat te doen. De Hoge Raad heeft zich er meermalen over uitgelaten. In het arrest *Ploum/Smeets I* overweegt het college, dat koopster Smeets moest stellen en zo nodig bewijzen ‘dat en op welke wijze zij tijdig en op voor Ploum kenbare wijze heeft geklaagd over de onderhavige tekortkoming’.<sup>70</sup> Annotator Snijders is tot het omgekeerde uitgangspunt geneigd en schat – althans hoopt – dat de Hoge Raad hier een vergissing maakt.<sup>71</sup> In *Kramer/Van Lanschot* zet de Raad de ingezette koers voort, zij het met enige preciseringen.<sup>72</sup> Het voorlopige sluitstuk levert het arrest *FAR/Edco II*,<sup>73</sup> waarin de Raad – aanknopend bij de rechtsverwerkingsleer – overweegt dat de stelplicht en bewijslast inzake de feiten die een beroep op art. 6:89 of art. 7:23 BW kunnen dragen, in beginsel rusten op de schuldenaar (verkoper), aangezien het om een bevrijdend verweer gaat. Daaraan voegt het college als bijzondere regel toe dat, indien de schuldenaar een klachtplichtverweer voert, het op de weg van de schuldeiser (koper) ligt om gemotiveerd te stellen en zo nodig te bewijzen dat en op welk tijdstip hij heeft geklaagd.

Op het eerste gezicht lijken zodoende de stelplicht en bewijslast te zijn opgeschoven van de schuldeiser naar de schuldenaar; een dergelijke ontwikkeling zou

69 In het DCFR bedraagt de algemene verjaringstermijn drie jaren; deze termijn begint te lopen zodra de schuldenaar moet nakomen (art. III.-7:203 DCFR).

70 HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 (*Ploum/Smeets I*), r.o. 4.8.4.

71 H.J. Snijders, noot onder HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 (*Ploum/Smeets I*), in NJ 2008/553, par. 3 sub d, met verwijzing naar W.L. Valk, ‘Klachtplicht en bewijslast’, *NTBR* 2008, p. 94-97.

72 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, NJ 2014/496 (*Kramer/Van Lanschot*), r.o. 3.6.

73 HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, RvdW 2015/66 (*FAR/Edco II*), r.o. 5.6.3.

met de klachtplichtbeheersing in verband kunnen staan. Van een ware verschuiving is echter geen sprake. Veeleer past de constatering dat *Ploum/Smeets I* onzuiver was geformuleerd,<sup>74</sup> en dat de twee vervolguitspraken in het teken van opheldering en uitwerking staan. Het verschil tussen *Ploum/Smeets I* en *FAR/Edco II* is er per saldo één van blikveld: in het laatste arrest brengt de Hoge Raad – door de schrijvers uitgedaagd – de materie in algemene zin in kaart, terwijl het eerste arrest een casuïstische overweging bevat op een punt dat ‘toevallig’ op het voor de schuldeiser resterende veld was gelegen.

Voor de in dit opstel besproken vraag betekent dit, dat men niet kan zeggen dat de rechtspraak zich heeft beijverd om bij de verdeling van stelplicht en bewijslast een schuldeiservriendelijke koers te (gaan) varen. Dat is, naar ik meen, maar goed ook. De wenselijke aanlijning van de – materieelrechtelijke – klachtplicht kan beter aan de hand van materieelrechtelijke instrumenten en gedachten worden nagestreefd.

## II. Negende weg; derogerende redelijkheid en billijkheid

*Last but not least* verdient (de derogerende werking van) de redelijkheid en billijkheid vermelding (art. 6:248 lid 2 BW). De bijbehorende gedachtegang vangt aan bij de constatering dat de schuldeiser *niet* binnen bekwame tijd zijn klacht heeft uitgebracht. Zij voegt daaraan toe dat het, gezien de omstandigheden van het geval, onaanvaardbaar is dat de schuldenaar zich op de termijnoverschrijding en/of het daaraan verbonden rechtsverval beroept. De derogatie vindt hier dus niet plaats aan de kant van de schuldeiser (waarop de klachtplicht zelf is terug te voeren),<sup>75</sup> maar aan die van de schuldenaar.

In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt deze benaderingswijze vooralsnog niet gevolgd. Toch is zij aanlokkelijk. Zij blijft dichter bij tekst en strekking van de klachtplichtbepalingen, doordat zij een meer normale invulling van het criterium ‘bekwame tijd’ mogelijk maakt. Daarbij biedt zij onverminderd ruimte aan (de weging van) alle omstandigheden van het geval, waaronder de aanwezigheid van nadeel. De uit art. 6:248 lid 2 BW voortvloeiende eis dat het beroep op de termijnoverschrijding ‘onaanvaardbaar’ moet zijn, noopt tot een zekere terughoudendheid,<sup>76</sup> maar in het licht van het feit dat de klachtplicht nu eenmaal

74 F.B. Bakels, vice-president van de Hoge Raad, noemt de besproken passage van *Ploum/Smits I* ‘inderdaad enigszins apodictisch’, en erkent dat de woorden ‘tijdig en’ er niet hadden moeten staan: ‘Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad’, AA 2015, p. 934-936. Snijders (t.a.p.), een vergissing vermoedend, heeft in zoverre dus het gelijk aan zijn zijde.

75 De klachtplichtregels zijn een uitkristallisatie van de rechtsverwerking, de rechtsverwerking vormt een uitwerking van de derogerende redelijkheid en billijkheid (par. 5).

76 Zie o.a. HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4942, NJ 2000/471 (*Vervoersbond FNV/Frans Maas*), r.o. 3-4.

bestaat, is die insteek niet misplaatst. Bovendien opent deze weg, die 'na' en daarmee buiten art. 6:89 en 7:23 BW is gesitueerd, de mogelijkheid om ook lichtere sancties dan algeheel rechtsverval te hanteren.<sup>77</sup>

## 12. Evaluatie

Wanneer wij de resultaten samenbrengen, ontstaat het volgende beeld. Van de eerste weg (aanpalende situaties) en de zesde weg (aanvang klachttermijn) maakt de Hoge Raad een 'gewoon' gebruik.<sup>78</sup> De wegen twee (aanpalende grondslagen), drie (sanctionering), vijf (uitzonderingen), acht (stelplicht en bewijslast) en negen (derogerende redelijkheid en billijkheid) worden door de Raad niet noemenswaard begaan.<sup>79</sup> Ook de vierde weg (nadere vereisten) blijft onbenut, met dien verstande dat wij daarvan wel een echo aantreffen: nadeel bij de schuldenaar is een centrale wegingsfactor.<sup>80</sup> Dat nadeelaspect bepaalt in belangrijke mate of de klacht nog binnen bekwame tijd is gedaan; de zevende route (lengte klachttermijn) heeft zodoende de status van hoofdweg.<sup>81</sup>

In dit totaalbeeld valt tweërlei op. Het eerste is, dat de Hoge Raad, door de aan de schuldeiser gegunde termijn soepel op te vatten en sterk afhankelijk te maken van de omstandigheden van het geval, de klachtplichtartikelen toepast op een wijze die de grenzen van het interpretatief haalbare opzoekt. De potentiële slotsom dat een bijvoorbeeld na drie jaar geuite klacht nog 'binnen bekwame tijd' kan blijken te zijn, zou de destijds dienstdoende wetgever waarschijnlijk hogelijk hebben verrast. Het tweede is, dat de Raad ten aanzien van punten waarop hij een serieuze keuzeruimte lijkt te hebben, die ruimte herhaaldelijk onbenut laat en zodoende de klachtplicht een breed veld toebedeelt. Men denke aan de uitwaaiering over aanpalende grondslagen, en over het niet veralgemeniseren van de in art. 7:23 lid 1 BW neergelegde uitzonderingen.<sup>82</sup>

Deze combinatie van respectievelijk voorzichtigheid en 'onvoorzichtigheid' heeft iets tegenstrijdigs. Men kan betogen dat de brede inzet weinig kwaad kan, omdat het klachtplichtregime, gekenmerkt als het wordt door de elastische termijnopvatting, in wezen van zijn guillotinenaatuur is ontdaan. Die benadering is mij echter te pragmatisch. Dat een verscherpte dijkbewaking niet (meer) noodzakelijk is, wil niet zeggen dat het geen zin (meer) heeft zich om een regulier onderhoud van de betrokken wetsartikelen te bekommeren. Het tegengaan van uitwaaiering en het ontwikkelen van enkele uitzonderingen houd ik voor nastrevenswaard, evenals een meer taalgetrouwe opvatting van de term 'binnen bekwame tijd', waarin vanaf een

<sup>77</sup> Zie par. 5.

<sup>78</sup> Zie resp. par. 3 en 8.

<sup>79</sup> Zie resp. par. 4, 5, 7, 10 en 11.

<sup>80</sup> Zie par. 6.

<sup>81</sup> Zie par. 9.

<sup>82</sup> Zie resp. par. 4 en 7.

bepaalde grens de afweging wordt overgeheveld naar (de derogerende werking van) de redelijkheid en billijkheid.<sup>83</sup>

### **Besluit**

Aan het einde van deze verhandeling gekomen, keer ik terug naar Henk Snijders, tot voor kort mijn *collega proximus*. Ik zeg hem van harte dank voor (nagenoeg) een kwart eeuw uitstekende, en plezierige, samenwerking. Graag wens ik Henk, met zijn Marijke, een prachtig emeritaat.

---

<sup>83</sup> Zie par. 4, 7, 9 en 11.